

吉林大学
跨世纪法学
研究文库

当代中国法律发展研究

DANG DAI ZHONG GUO FA LU FA ZHAN YAN JIU

黄文艺 著

吉林大学出版社

当代中国法律发展研究

——模式、传统与过程

黄文艺 著

吉林大学出版社

当代中国法律发展研究
——模式、传统与过程
黄文艺 著

责任编辑、责任校对：丛立新

封面设计：张沐沉

吉林大学出版社出版

吉林大学出版社发行

(长春市解放大路 125 号)

长春市永昌福利印刷厂印刷

开本：850×1168 毫米 1/32

2000 年 1 月第 1 版

印张：11.125

插页：8

2000 年 1 月第 1 次印刷

字数：250 千字

印数：0001 - 3000 册

ISBN 7 - 5601 - 2358 - 9/D·385

定价：17.00 元

吉林大学

跨世纪

法学研究文库

目 录

序	(1)
导论 法律发展研究	(4)

第一编 法律发展模式

第一章 法律发展的两大模式:现代化与本土化	(11)
一、法律的定义:一元论与多元论	(13)
二、法律的功能:积极论与消极论	(18)
三、法律发展的历史观:现代化与平面化	(20)
四、法律发展的途径:建构论与进化论	(26)
五、法律的知识论:普适性知识与地方性知识	(31)
六、法律发展的主体:政府推动论与民众主导论	(33)
七、法律发展的资源论:外来资源论与本土 资源论	(35)
八、总 结	(39)
第二章 辩证发展模式	(42)
一、法律发展的目标:建设有中国特色的社会主义 法治国家	(42)
二、继承与创新并举	(45)

三、内源发展与外源发展相结合·····	(56)
四、正式法与非正式法共同发展·····	(73)
五、国家与社会的双重推动·····	(83)
六、法律与社会的良性互动·····	(87)

第二编 法律文化传统

第三章 法律文化传统概论 ·····	(97)
一、从文化谈起·····	(97)
二、法律文化传统的概念和属性·····	(101)
三、法律文化传统的结构·····	(112)
四、法律文化传统的功能·····	(117)
第四章 中国古代法律文化传统 ·····	(120)
一、中国古代法律文化传统的形成·····	(120)
二、中国古代法律文化传统的危机·····	(148)
三、中国古代法律文化传统与近现代法制变革·····	(157)
四、中国古代法律文化传统与当代中国法律文化·····	(165)
第五章 西方法律文化传统对中国的影响 ·····	(170)
一、西方法律文化传统·····	(170)
二、西方法律文化传统对中国的影响·····	(198)
三、西方法律文化传统与当代中国法律文化·····	(212)
第六章 革命的法律文化传统 ·····	(215)
一、革命的法律文化传统的形成·····	(215)
二、前苏联的法律文化对中国的影响·····	(223)
三、革命的法律文化传统的特点·····	(228)
四、革命的法律文化传统与当代中国法律文化·····	(247)

第三编 法律发展过程

第七章 民主法制建设方针的转变·····	(251)
一、阶级斗争理论·····	(252)
二、政治发展的思路·····	(254)
三、对民主法制的认识·····	(257)
四、国家长治久安的寄托·····	(259)
五、党的领导·····	(262)
六、治国方略·····	(266)
第八章 法律运作体制的改革·····	(272)
一、国家政权合法性基础的重构·····	(273)
二、党的领导模式的转变·····	(276)
三、人民代表大会制度的完善·····	(278)
四、行政体制改革·····	(284)
五、司法体制改革·····	(286)
六、中央与地方关系的法治化·····	(289)
第九章 立法的发展·····	(291)
一、立法权力的有限化·····	(293)
二、立法机制的民主化·····	(295)
三、立法政策的常规化·····	(296)
四、法律制度的合理化·····	(299)
第十章 行政模式的转变·····	(307)
一、从全能政府向有限政府转变·····	(307)
二、从官本位行政向民本位行政转变·····	(312)
三、从依政策行政向依法行政转变·····	(315)
四、从非程序行政向程序行政转变·····	(317)

五、从免责行政向责任行政转变	(319)
第十一章 司法的改革与发展	(322)
一、司法观念的更新	(323)
二、司法程序的改革	(326)
三、法律职业的发展	(334)
参考文献	(339)
后 记	(347)

序

20 世纪 80 年代以来,随着“发展”成为时代的主题,“法律与发展”也越来越成为法学研究的热点和重点问题。1998 年吉林大学出版社出版了国内第一部法律与发展研究方面的专著,即姚建宗博士的《法律与发展研究导论》。两年后的今天该领域又一部学术力作即将出版,这就是黄文艺博士的《当代中国法律发展研究》。如果说姚建宗博士的《法律与发展研究导论》侧重对法律与发展问题进行总体、概括、比较研究,那么黄文艺博士的这本著作则侧重对中国法律发展问题进行定向、具体、较为详尽的研究。两部著作前后链接、互相照应,堪称姊妹篇。

近代以来,作为后发展的国家,中国在追求民族振兴和国家富强的道路上经历了艰难曲折的道路。1978 年以后在改革开放与建设有中国特色社会主义的历史进程中,中国迎来了百年来少有的社会全面进步和持续发展繁荣的黄金时期。从法律和法学的角度看,中国最近 20 多年的发展实践乃是一场活生生的、深层次的法律发展运动。这场法律发展运动既不同于西方社会自然演进的法治发展,也不同于一些发展中国家依靠外部推进和全面移植的法治发展,而是富有鲜明的中国特色和时代特征。建立在西方法律发展经验和其他发展

中国法律发展经验基础上的法律发展理论,很难解释中国的法律发展实践,更不能照搬来指导中国的法律发展实践。建立起与中国的法律发展实践相适应的法律发展理论,这是中国法学家的时代使命,是中国法学家通过法律与发展研究而奉献社会、造福人类的主体价值。本书是这一方面的有益尝试,其理论与实践价值亦在于此。

据我所知,在研究过程中,作者收集和梳理了大量历史文献与论著。譬如,在法律文化传统一编,作者比较系统地整理和研究了有关中国古代法律文化、西方法律文化、社会主义法律文化以及比较法律文化的重要文献与论著,吸纳其中有益的成分,从而使法律文化传统的研究具有较高的理论起点、深厚的历史底蕴与开阔的学术视野。

在整部著作中,作者坚持以创新为研究导向,提出了一系列富有启发意义的观点。如在法律发展模式一编中,作者将学术界的主张概括为现代化模式与本土化模式,并从法律的定义、法律的功能、法律发展的历史观、法律发展的途径、法律的知识论、法律发展的主体论、法律发展的资源论等七个方面对这两种模式作了比较分析。在分析这两种发展模式优劣与利弊的基础上,提出了辩证发展模式的主张。在法律文化传统一编中,作者打破了法律文化传统的一元论,而主张法律文化传统的多元论,认为当代中国所面对的法律文化传统不单是形成于中国古代的法律文化传统,还包括近现代以来受西方法律文化和前苏联的革命法律文化的影响而形成的两种法律文化传统。作者对这三种法律文化传统的形成、发展及其特征,作了较深入的解析。

黄文艺博士1989年以优异的成绩考入吉林大学法学院,在本科学习阶段就对法理学有浓厚的兴趣,我曾指导过他的

学年论文和学位论文写作。后来,他相继成为我的硕士研究生和博士研究生,攻读法理学,1996年在吉林大学获得硕士学位,1999年在中国人民大学获得博士学位。本书是他10年间潜心治学的一个成果,全书学术思想清晰,史论交融,资料翔实,技术规范,凝聚着他的心智和勤奋。在具有标识其学术里程意义的首部著作出版之际,作为他昔日的导师和今日的同事,谨以此序对这位学术新人表示热忱的祝贺,并寄以美好的期望。

张文显

2000年2月于吉林大学南苑

导论

法律发展研究

作为一个规范的学术概念,“法律发展”首先是在二战后,特别是在 60 年代由西方国家的“法律与发展研究”(Studies in Law and Development, The Law and Development Movement)明确提出来的。^① 法律与发展研究的主题可以划分为两大部分:一是法律与社会发展研究,主要研究法律与社会的经济、政治、文化等各方面的发展的内在关系,阐明法律在社会发展中不可或缺的作用;二是法律发展研究,即研究法律自身的发展问题。当然,这两部分研究又是密切联系、互相影响的。

在国外的法律与发展研究文献中,学者们在不同的场合分别使用“法律现代化”、“法律改革”等术语来指称法律发展。国内的学者也往往把法律现代化、法律改革和法律发展作为等值概念使用。^② 应当说,这三个概念有其内在的联系,但并非等值概念。根据下文的分析,仅仅持现代化立场的学者通常认为法律发展就是实现法律现代化,而对现代化理论持批

^① 参见张文显主编:《法理学》,154 页,北京,高等教育出版社、北京大学出版社,1999。

^② 参见张文显主编:《法理学》,165 页,北京,高等教育出版社、北京大学出版社,1999;姚建宗著:《法律与发展研究导论》,366 页注①,长春,吉林大学出版社,1998。

判立场的学者并不赞同法律发展就是法律现代化。法律发展更不能与法律改革相混淆,法律改革不过是法律发展的一种途径和方式。法律发展是一个具有很大包容性的概念,它表征了近现代以来法律适应社会的急剧发展而发生的巨大变迁。为了准确理解法律发展的概念,有必要强调发展研究所普遍持有但经常被人忽略的两个共识。

发展往往被理解为社会的进步过程。发展学家大多都是乐观主义者或进步主义者,他们认为人类的历史是一个从低级向高级、从落后向先进发展的过程,并相信经过人类的努力人类在未来将取得更大的进步。这是发展研究背后所隐含的理论假设。正是基于这种信念,发展学家积极提出衡量或检验发展的指标或标准,以此来论证或评价社会的发展过程。不过某些宗教理论家或悲观主义者可能持相反的观点,认为人类的历史或是近代以来的历史是一部不断走向倒退或堕落的历史。

发展通常被理解为是近现代以来社会所发生的变迁。既然从进步主义的观点来看,人类的历史是一个不断走向进步的过程,那么为什么发展只用来指称近现代以来社会的变迁呢?在发展学家看来,在古代社会或传统社会,人类的发展变化是渐进的、微小的;到了近现代社会,人类才发生大规模的、深层次的变革,人类社会才出现根本性的跃迁。这场根本性的变迁,在经济学家看来,可能是从匮乏型社会转变为富足型社会;在政治学家看来,可能是从专制社会转变为民主社会;而在法学家看来,可能是从人治社会转变为法治社会。正是这场巨大而深刻的社会变迁,使人们产生了强烈的发展意识,看到了人类发展的巨大潜力。于是,目睹或经历这场社会变迁的学者们,明确提出发展的概念来描述这一变迁,并系统地

开展发展研究来研究这一变迁的过程及其规律。

在我国系统地开展法律发展研究,具有极其重要的时代意义、理论意义与实践意义。当今的时代是发展的时代。不论是发达国家,还是发展中国家,每个国家都在为发展而奋斗。尤其是发展中国家,发展问题更为迫切和严峻。正是在这样一种时代背景下,邓小平同志非常敏锐而深刻地提出,发展是硬道理,中国的主要目标是发展。作为社会发展之重要组成部分的法律发展,其目标不仅是实现法律自身的根本性变革与进步,更为重要的是通过自身的变革和进步来呼应、支持和推动社会的经济、政治、文化等各方面的全面发展。法律发展研究正是顺应这种时代的潮流和需要而产生的。从1978年至今的、以改革开放为主旋律的20多年,是中国历史上近几百年来少有的法律与社会全面发展的黄金时期。总结这场法律发展实践的成败得失,预测和展望中国未来法律发展的趋势,论证和设计中国法律发展的战略和政策,是法学研究责无旁贷的使命。要履行这一使命,法学必须建立与一般发展研究相衔接的法律发展研究。应当指出,20多年来我国法学界的诸多研究实际上都是围绕发展问题而展开的,只不过法律发展研究在相当长的时期内一直处于一种理论上不自觉的或非系统化的隐性状态,而未升华为一种显性的、理性化的、系统化的研究主题。因此,借鉴国外法律发展的研究成果,开展中国的法律发展研究,建立中国的法律发展理论,对于推动中国的法学理论建设无疑有着积极的作用。

法律发展研究,是以一种整体性的、综合性的视角和立场,运用多个学科和领域的理论成果、研究手段和方法,观察、分析、评价和阐释法律发展问题,归纳和概括出法律发展的理论主张和观点,论证和设计法律发展的战略和政策。法律发

展研究同一般的法学研究相比,法律发展研究具有三个鲜明的特点:

一是综合性。综合性体现在两个方面:法律发展研究要综合采用各门社会科学的理论成果、研究方法。这是因为,法律发展问题并不是一个纯粹的法律问题或法学问题,而是与社会发展的方方面面都或多或少地有着联系。法律发展研究要综合运用法学各学科的知识、方法。正如发展研究不能划归某一人文社会学科一样,法律发展研究也很难归入法学原有的某一分支学科。虽然法学并不一定要像经济学、社会学等学科建立独立的发展经济学、发展社会学等分支学科一样,建立独立的发展法学,但法律发展至少应作为一个专门的课题来研究。

二是实践性。法律发展研究直接针对和关注某一或某些国家法律发展的实践,为这一或这些国家论证和设计法律发展的战略和政策。因而,法律发展研究具有更为强烈的实践性。

三是实证性。法律发展研究的总体风格是实证分析,而不是理论演绎。从事法律发展研究的学者应当运用实证分析与定量分析的手段与方法去考察法律发展中的各种问题。任何理论的主张或政策的建议都应当建立在真实而可靠的调查统计资料或数据的基础上。

法律发展研究可以从三个层面进行:

一是宏观层面的研究,主要研究法律发展的模式,作为法律发展历史前提的法律文化传统,法律发展的一般过程,法律发展的最终目标,法律发展的基本途径。

二是中观层面的研究,主要研究法律各个基本领域的发展,如政法体制的发展、法律制度的发展、法律精神的发展、法

律运行机制的发展。

三是微观层次的研究,主要研究法律发展中的各种具体问题,如对法律发展的具体项目和计划(如法律援助制度)的论证、设计及其实际效果的研究。本书对当代中国法律发展问题的研究主要是一种宏观层面和中观层面的研究。

第一编

法律发展模式